KHOR LIANG KEOW

lwn.

TEE MING KOOK

MAHKAMAH TINGGI MALAYA, TAIPING
TUAN ZULKEFLI AHMED MAKINUDIN JC
[SAMAN PEMULA NO. 24-181-1994]
13 SEPTEMBER 1995

UNDANG-UNDANG KELUARGA: *Hak penjagaan - Kanak-kanak tak sah taraf - Samada hak penjagaan patut diserahkan kepada ibu atau bapa sebenar - Samada Children Act 1989 (UK) terpakai - Seksyen 27 Akta Undang-undang Sivil 1956 - Pertimbangan ss. 75(2), 88(3) & 91 Akta Membaharui Undang-undang (Perkahwinan dan Penceraian) 1976 dan s. 24(d) Akta Mahkamah Kehakiman 1964.*

BIDANGKUASA: *Permohonan untuk hak penjagaan dan pengawalan kanak-kanak tak sah taraf - Samada Mahkamah mempunyai bidangkuasa di bawah Akta Penjagaan Kanak-kanak 1961 untuk mendengar permohonan.*

*[**English** Translation of Catchwords]*

FAMILY LAW: *Custody - Illegitimate children - Whether custody and care to be granted to natural mother or father - Whether Children Act 1989 (UK) applicable - Section 27 Civil Law Act 1956 - Consideration of ss. 75(2), 88(3) & 91 Law Reform (Marriage and Divorce) Act 1976 and s. 24(d) Courts of Judicature Act 1964.*

JURISDICTION: *Application for custody and care of illegitimate children - Whether Court has jurisdiction under Guardianship of Infants Act 1961 to hear application.*

Melalui satu saman pemula, plaintif (ibu sebenar) telah memohon di antara lain supaya mendapat penjagaan dan pengawalan kedua-dua anaknya yang belum dewasa, dan satu injunksi menghalang defendan (bapa sebenar) dari menyerang atau mengancamnya. Mengikut afidavit plaintif, beliau telah berkahwin dengan defendan mengikut adat istiadat kaum Cina yang mana tidak sah *ab initio* kerana bertentangan dengan s. 5(4) Akta Membaharui Undang-undang (Perkahwinan dan Penceraian) 1976 (Akta 164). Oleh yang demikian, kedua-dua anaknya dianggap sebagai dilahirkan di luar nikah dan menjadikan mereka anak tak sah taraf. Seterusnya, sebelum plaintif berpisah dengan defendan pada hujung tahun 1991, beliau telah tinggal bersama defendan dan menjaga serta mengasuh anak-anak mereka dan sejak kelahiran kedua-dua anak tersebut tidak pernah berpisah dengan plaintif. Setelah berpisah dengan defendan sampai kini, beliau membesarkan kedua-dua anaknya di rumah emak dan abangnya dengan bantuan mereka semasa plaintif sedang bekerja.

Peguam plaintif berhujah bahawa bapa sebenar tiada hak penjagaan dan pengawalan terhadap anak tak sah taraf kerana mengikut s. 27 Akta Undang-undang Sivil 1956 (Akta 67), undang-undang statut Inggeris dan common law adalah terpakai kepada kes-kes yang melibatkan penjagaan dan pengawalan ke atas kanak-kanak seperti dalam kes ini dengan syarat pertimbangan diberi kepada agama dan adat resam pihak-pihak yang berkenaan. Di bawah Children Act 1989, diperuntukkan tanggungjawab ibubapa atau "parental responsibility" terhadap anak tersebut diberi kepada ibu sebenar melainkan bapa sebenar memohon mengikut peruntukan Children Act 1989 tersebut. Secara alternatif, peguam plaintif berhujah bahawa Mahkamah boleh menimbang permohonan plaintif melalui s. 75(2) Akta 164 iaitu Mahkamah boleh menganggap anak daripada perkahwinan yang tak sah (void marriage) sebagai anak sah taraf sekira pada masa upacara perkahwinan kedua-dua atau salah satu pihak percaya bahawa perkahwinan mereka adalah sah dan ini disokong oleh ss. 88(3) dan 91 Akta 164.

Peguam defendan berhujah bahawa pergantungan plaintif kepada emak dan abangnya untuk menjaga anak-anak tersebut menunjukkan bahawa plaintif sendiri tidak berkemampuan menjaga kedua-dua anak tersebut dan hak penjagaan patut diberi kepada defendan. Ia juga berkata Mahkamah boleh melantik defendan sebagai penjaga kedua-dua anak tersebut di bawah s. 24(d) Akta Mahkamah Kehakiman 1964 (Akta 91). Jika Mahkamah membenarkan permohonan plaintif, defendan memohon supaya syarat dikenakan untuk melarang plaintif daripada membawa anak-anak tersebut dari Malaysia dan menetap di luar negara kerana beliau bimbang beliau akan dinafikan hak akses ke atas anak-anaknya.

Soalan yang timbul adalah samada Mahkamah mempunyai bidangkuasa di bawah Akta Penjagaan Kanak-Kanak 1961 untuk mendengar permohonan untuk perintah hak penjagaan dan pengawalan ke atas kedua-dua anak tak sah taraf ini.

Diputuskan:

[1] Jelas Parlimen tidak berhasrat Akta Penjagaan Kanak-kanak 1961 tersebut terpakai kepada anak tak sah taraf dengan tiada rujukan secara langsung terhadapnya dalam Akta tersebut. Ini menunjukkan bahawa adalah menjadi hasrat undang-undang itu bahawa dari sudut agama, adat resam dan moral ianya tidak menggalakkan atau merestui perhubungan pasangan luar nikah yang mengakibatkan kelahiran anak tak sah taraf.

[2] Pada masa kini oleh kerana terdapat peruntukan berhubung dengan anak tak sah taraf dalam Children Act 1989 dan common law maka jika peruntukan s. 27 Akta 67 dirujuk untuk dipakai hak penjagaan anak tak sah taraf hendaklah diberi kepada ibu sebenarnya. Tetapi peruntukan-peruntukan Akta Membaharui Undang-undang (Perkahwinan dan Penceraian) 1976 (Akta 164) hendaklah mengatasi pemakaian common law

dan undang-undang statut Inggeris kerana di bawah Akta 164 terdapat peruntukan yang boleh dipakai terhadap kanak-kanak yang dilahirkan daripada perkahwinan yang tidak sah (void marriage).

[3] Oleh kerana perkahwinan tidak diupacarakan mengikut kehendak peruntukan Akta 164 maka perkahwinan tersebut adalah dianggap void *ab initio*. Walaubagaimanapun Mahkamah berpendapat kedua-dua pihak mempercayai perkahwinan mereka adalah sah yang disokong oleh fakta bahawa mereka telah tinggal bersama sebagai sepasang suami isteri dan kedua-dua anak mereka telah dilahir dan dibesarkan di rumah kelamin mereka sebelum mereka berpisah. Dalam hal ini s. 75(2) Akta 164 menganggap anak yang lahir dari perkahwinan ini hendaklah dianggap anak yang sah taraf dan mengikut s. 91 Akta 164 anak yang dianggap sah taraf di bawah s. 75 hendaklah diberi penjagaannya kepada ibu sebenar.

[4] Mahkamah mendapati kedua-dua anak tersebut adalah di bawah umur 7 tahun dan sejak dilahirkan mereka senantiasa berada di samping plaintif sebagai ibu sebenar mereka yang telah memberi kasih sayang yang sepenuhnya. Kebajikan anak-anak tersebut hendaklah menjadi pertimbangan yang pertama dan terpenting dan pertimbangan-pertimbangan lain hendaklah menjadi sampingan sahaja. Jika hak penjagaan diberi kepada defendan mungkin ianya akan mengakibatkan anak-anak tersebut mengalami suatu tekanan emosi kerana sebelum ini anak-anak tersebut telah dijaga dan dibesarkan oleh plaintif dan tinggal bersama emak dan abang plaintif. Oleh itu, berasaskan peruntukan s. 24(d) Akta Mahkamah Kehakiman 1964 dan fakta-fakta kes ini, Mahkamah membuat perintah supaya plaintif dilantik sebagai penjaga (guardian) kepada kedua-dua anak tersebut.

[5] Kebimbangan defendan bahawa plaintif akan membawa kedua-dua anak tersebut keluar dari Malaysia dan menetap di luar negara adalah tidak berasas sama sekali. Oleh itu Mahkamah tidak terdorong untuk mengenakan syarat-syarat ke atas plaintif seperti yang dipohon oleh defendan.

[Permohonan plaintif dibenarkan dengan tiada perintah kos]

Kes-kes yang dirujuk:

Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees & Anor. [1978] 2 WLR 687 ***(dirujuk)***

Re Balasingam & Paravathy, Infants Kannamah v. Palani [1970] 2 MLJ 74 ***(dirujuk)***

Low Pek Nai v. Koh Chye Guan @ Koh Chai Guan [1995] 2 CLJ 110 ***(tidak diikuti)***

T v. O [1994] (3) AMR 45: 2402 ***(diikuti)***

Mahabir Prasad v. Mahabir Prasad [1982] 1 MLJ 189 ***(diikuti)***

Tam Ley Chian v. Seah Heng Lye [1993] 3 MLJ 696 ***(diikuti)***

Perundangan yang dirujuk:
Akta Mahkamah Kehakiman 1964 (Akta 91), 24(d)
Akta Membaharui Undang-Undang (Perkahwinan dan Penceraian) 1976 (Akta 164) ss. 5(4), 75(2), 88(3), 89(2)(e), 91
Akta Penjagaan Kanak-Kanak 1961, s. 3
Akta Undang-Undang Sivil 1956 (Akta 67), s. 27
Children Act 1989 (UK), s. 2(2)

Bagi pihak plaintif - M.M. Athimulam; T/n. Athimulam & Co.
Bagi pihak defendan - Tan Lip Gay; T/n. Leong, Ng & Tan & Co.

PENGHAKIMAN

Zulkefli Ahmed Makinudin PK:

Plaintiff, Khor Liang Keow melalui saman pemula ini (Lampiran 2) telah memohon pada 24 Oktober 1994 untuk perintah-perintah seperti berikut:

(a) Penjagaan dan pengawalan Tee Wan Cik (P) dan Tee Chow Ho (L), kedua-duanya anak yang belum dewasa diserahkan kepada plaintiff dan plaintiff dijadikan penjaga (guardian) untuk:

(i) mendapatkan dokumen perjalanan paspot terhad dan antarabangsa untuk kedua-dua-mereka.

(ii) Mendapatkan kad pengenalan untuk Tee Wan Cik dan Tee Chow Ho apabila mereka mencapai usia 12 tahun.

(iii) mendapatkan pendaftaran di sekolah untuk Tee Wan Cik dan Tee Chow Ho.

(b) Suatu injunksi menghalang defendan dan/atau ejennya atau pengkhidmatnya menyerang dan/atau mengancam dan/atau menghina pihak plaintiff.

(c) kos, dan

(d) perintah selanjutnya atau perintah yang dianggap suaimanafaat dan adil.

Permohonan ini telah disokong oleh affidavit plaintiff (Lampiran 3) yang telah diikrar pada 12 September 1994 dimana plaintiff menyatakan beliau adalah ibu sebenar (natural mother) kepada kanak-kanak Tee Wan Cik (P) yang dilahirkan pada 24 Mac 1989 dan Tee Chow Ho (L) yang dilahirkan pada 13 Oktober 1991 dan defendan adalah bapa sebenar (natural father) kepada kanak-kanak tersebut. Plaintif menyatakan bahawa beliau mempercayai sekarang bahawa perkahwinan dengan defendan pada 28 April 1988 yang mana hanya telah diupacarakan dalam adat istiadat kaum Cina adalah tidak sah kerana tidak diupacarakan mengikut peruntukan Akta Membaharui Undang-Undang (Perkahwinan dan Penceraian) 1976 ("Akta 164") yang mengakibatkan kedua-dua kanak-kanak tersebut dilahirkan di luar nikah yang menjadikan mereka anak tak sah taraf (illegitimate).

Plaintiff seterusnya menyatakan sebelum beliau berpisah dengan defendan pada hujung tahun 1991 beliau telah tinggal bersama dengan defendan dan telah menjaga dan mengasuh anak-anak mereka dan sejak kelahiran kedua-dua anak tersebut tidak pernah berpisah dengan beliau. Setelah berpisah dengan defendan plaintiff menyatakan kedua-dua kanak-kanak tersebut adalah dibesarkan di rumah emak dan abangnya di Parit Buntar, Perak dimana plaintiff tinggal bersama dan sehingga kini mereka masih berada di rumah yang sama.

Plaintiff juga telah menyatakan dalam affidavitnya sejak kebelakangan ini defendan telah mula mengancam dan menghina plaintiff dan defendan menyatakan akan mengambil kedua-dua orang kanak-kanak tersebut dari penjagaan dan pengawalan plaintiff. Plaintiff menyatakan beliau merasa sangat takut yang defendan akan merampas kedua-dua orang anaknya dan membiarkan mereka begitu sahaja tanpa memberi kasih sayang yang secukupnya kerana defendan adalah seorang peniaga yang kerap tiada di rumah.

Plaintiff menyatakan sekarang ini beliau sudah mula bekerja bagi menyara kedua-dua orang anaknya kerana defendan sebagai bapa tidak menjaga dan menyara mereka. Plaintiff seterusnya menyatakan sekarang ini kedua-dua anaknya adalah diperbesarkan dan dididik oleh ibubapa dan adik beradik plaintiff di rumah emak plaintiff yang mana mereka menolong untuk menjaga kedua-dua kanak-kanak tersebut dengan memberi kasih sayang yang sepenuhnya.

Defendan telah memfailkan affidavit jawapan (Lampiran 13) yang diikrarkan pada 4 Januari 1995. Selain dari mengakui pernyataan bahawa perkahwinan defendan dengan plaintiff diupacarakan mengikut adat istiadat kaum Cina lain-lain pernyataan dalam affidavit plaintiff telah dinafikan oleh defendan dan beliau menentang permohonan plaintiff.

Plaintiff telah memfailkan affidavit tambahan (Lampiran 17) pada 6 Februari 1995 untuk menjawab affidavit defendan. Plaintiff menafikan dan mempertikaikan dakwaan-dakwaan defendan terhadap plaintiff yang dinyatakan dalam affidavit jawapan defendan. Suatu fakta penting yang diikrar oleh plaintiff dalam affidavit tambahannya adalah beliau mempercayai setelah perkahwinan diupacarakan mengikut adat istiadat kaum Cina pada tahun 1988 dimana diakui oleh defendan beliau dan defendan telah tinggal bersama sebagai pasangan suami isteri.

Di perbicaraan di hadapan saya pada 30 Jun 1995 Encik Athimulan peguam plaintiff defendan telah berhujah bahawa perkahwinan di antara plaintif dengan defendan yang diupacarakan mengikut adat istiadat kaum Cina pada tahun 1988 adalah tak sah *ab initio*. Ini adalah kerana mengikut s. 5(4) Akta 164 tiada perkahwinan di bawah mana undang-undang, agama, adat atau kelaziman boleh diupacarakan melainkan seperti yang diperuntukan di Bahagian III Akta 164. Dalam kes ini perkahwinan telah tidak diupacarakan di bawah Bahagian III Akta 164. Oleh yang demikian telah dihujahkan tidak ada perkahwinan wujud di antara plaintiff dengan defendan dan kedua-dua anak tersebut adalah tak

sah taraf. Peguam plaintiff seterusnya berhujah bahawa bapa sebenar dengan itu tiada hak penjagaan dan pengawalan terhadap anak tak sah taraf kerana kedudukan di bawan common law Inggeris adalah berhubung dengan anak tak sah taraf bapa sebenar tiada apa-apa hak terhadapnya.

Kes *Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees & Anor.* [1978] 3 WLR 687 telah dirujuk di mana Sir George Baker P di m.s. 690 telah menyatakan seperti berikut:

> ... I would say a word about the illegitimate, usually called the putative, but I prefer myself to refer to the illegitimate father. Although American decisions to which I have been referred concern illegitimate fathers, and statutory provisions about them, it seems to me that in this country the illegitimate father can have no rights whatsoever except those given to him by statute. That was clearly the common law.

Peguam plaintiff juga telah menyatakan bahawa berasaskan peruntukan s. 27 Akta Undang-Undang Sivil 1956 ("Akta 67") undang-undang statut Inggeris dan common law adalah terpakai kepada kes-kes yang melibatkan penjagaan dan pengawalan ke atas kanak-kanak seperti dalam kes ini dengan syarat pertimbangan diberi kepada agama dan adat resam pihak-pihak yang berkenaan dan tiada peruntukan lain mengenainya dibuat dalam mana-mana undang bertulis.

Seksyen 27 Akta 67 memperuntukkan seperti berikut:

> In all cases relating to the custody and control of infants the law to be administered shall be the same as would have been administered in like cases in England at the date of coming into force of this Act, regard being had to the religion and customs of the parties, unless other provision is or shall be made by any written law.

Peguam plaintiff kemudian menyatakan bahawa di England the Guardianship of Minors Act 1971 telah dimansohkan bersama-sama dengan Guardianship Act 1973 dan konsep penjagaan (guardianship) sebagai campuran common law, ekuiti dan statut telah sekarang menjadi satu konsep sahaja di bawah Children Act 1989. Di bawah Children Act 1989 ini diperuntukkan bahawa bapa sebenar kepada anak tak sah taraf tidak mempunyai tanggungjawab ibubapa atau "parental responsibility" terhadap anak tersebut melainkan bapa sebenar memohon mengikut peruntukan Children Act 1989 tersebut. Seksyen 2(2) Children Act 1989 memperuntukkan seperti berikut:

> (2) Where a child's father and mother were not married to each other at the time of his birth:
>
> (a) the mother shall have parental responsibility for the child.
>
> (b) the father shall not have parental responsibility for the child unless he acquires it in accordance with the provisions of this Act.

Peguam plaintiff berhujah bahawa mengikut keputusan Yang Arif Hakim Raja Azlan Shah (DYMM Paduka Seri pada masa itu) dalam kes *Re Balasingam & Paravathy, Infants Kannamah v. Palani* [1970] 2 MLJ 74 Mahkamah tiada bidangkuasa untuk menimbang permohonan ibu sebenar untuk perintah hak penjagaan anak tak sah taraf di bawah Akta Penjagaan Kanak-Kanak 1961. Pada masa kini juga tidak ada Undang-Undang bertulis yang lain yang memperuntukkan secara khusus bahawa Mahkamah mempunyai bidangkuasa untuk menimbang permohonan perintah hak penjagaan ke atas anak tak sah taraf. Seterusnya peguam plaintiff berhujah bahawa berasaskan peruntukan s. 27 Akta 67, common law dan undang-undang statut Inggeris yang berkuatkuasa masa kini iaitu Children Act 1989 boleh dipakai terhadap anak tak sah taraf. Dalam hal ini dihujahkan bahawa jika dirujuk kepada Children Act 1989 yang memperuntukkan bahawa "parental responsibility" terhadap anak tak sah taraf diberi kepada ibu sebenar maka dalam kes ini sekarang hak penjagaan dan pengawalan hendaklah diberi kepada plaintiff dan plaintiff hendaklah juga dijadikan penjaga (guardian) kepada kedua-dua anak tersebut.

Peguam plaintiff secara alternatif telah berhujah bahawa sekiranya Mahkamah ini tidak menerima permakaian common law dan undang-undang statut Inggeris terhadap permohonan plaintiff dalam kes ini Mahkamah masih boleh menimbang permohonan plaintiff melalui peruntukan dalam Akta 164. Mengikut peruntukan s. 75(2) Akta 164 Mahkamah boleh menganggap anak daripada perkahwinan yang tidak sah (void marriage) sebagai anak yang sah taraf kepada ibubapanya sekira pada masa diupacarakan perkahwinan kedua ibubapa tersebut, kedua-dua atau salah satu pihak percaya bahawa perkahwinan mereka adalah sah.

Seksyen 75(2) Akta 164 memperuntukkan seperti berikut:

> (2) subject to the provision of this section, the child of a void marriage (other than a marriage which is void by virtue of s. 5) shall be treated as the legitimate child of his parent if, at the time of the solmnisation of the marriage, both or either of the parties reasonably believed that the marriage was valid.

Peguam plaintiff juga telah merujuk kepada peruntukan ss. 91 dan 88(3) Akta 164 untuk menyokong hujah plaintiff bahawa jika kedua anak-anak plaintiff boleh dianggap sah taraf Mahkamah sepatutnyalah memberi perintah penjagaan kepada plaintiff. Seksyen 91 Akta 164 memperuntukkan seperti berikut:

> When a child is deemed to be legitimate under s. 75, the mother shall, in the absence of any agreement or other of Court to the contrary, be entitled to custody of the child.

Seksyen 88(3) Akta 164 pula memperuntukkan seperti berikut;

> (3) There shall be a rebuttable presumption that it is for the good of a child below the age of seven years to be with his or her mother but in deciding whether the presumption applies to the facts of any particular case, the

Court shall have regard to the undesirability of disturbing the life of a child by change of custody.

Encik Tan Lip Gay, peguam defendan berhujah bahawa Mahkamah dalam menimbang permohonan plaintiff ini hendaklah mengutamakan pemakaian Akta 164 daripada pemakaian peruntukan common law dan undang-undang statut Inggeris. Beliau berhujah defendan menentang permohonan plaintiff kerana mengikut keterangan afidavit plaintif, plaintif bergantung kepada emak dan abangnya untuk menjaga kedua-dua anak tersebut. Ini menunjukkan plaintiff sendiri tidak berkemampuan menjaga kedua-dua anak tersebut dan hak penjagaan sepatutnyalah diberi kepada defendan. Beliau juga berhujah bahawa mengikut peruntukan s. 24(d) Akta Mahkamah Kehakiman 1964 [Akta 91], Mahkamah boleh melantik defendan sebagai penjaga (guardian) kepada kedua-dua anak tersebut.

Peguam defendan berhujah bahawa jika Mahkamah ini membenarkan permohonan plaintiff dan melantik plaintiff sebagai penjaga (guardian) kepada kedua-dua anak tersebut beliau memohon mahkamah mengenakan suatu syarat iaitu plaintiff dilarang daripada membawa keluar anak-anak tersebut dari Malaysia dan menetap di luar negara. Defendan menyatakan beliau bimbang beliau akan dinafikan hak akses ke atas anak-anak tersebut kerana dalam permohonan plaintiff sebagai penjaga (guardian) plaintiff telah memohon untuk mendapatkan antara lain suatu paspot antarabangsa untuk kedua-dua anak tersebut. Peguam defendan berhujah bahawa peruntukan s. 89(2) (e) Akta 164 membenarkan syarat sedemikian dikenakan.

Saya berpendapat dalam kes ini timbul persoalan samada Mahkamah mempunyai bidangkuasa atau tidak di bawah Akta Penjagaan Kanak-Kanak 1961 untuk mendengar permohonan untuk perintah hak penjagaan dan pengawalan ke atas kedua-dua anak yang tak sah taraf ini. Dalam hal ini peguam plaintiff telah merujuk kepada saya kes *Low Pek Nai v. Koh Chye Guan @ Koh Chai Guan* [1995] 2 CLJ 110 dimana Yang Arif Hakim Mohd. Hishamudin telah memutuskan bahawa Akta Penjagaan Kanak-Kanak 1961 terpakai kepada anak tak sah taraf dan Mahkamah mempunyai bidangkuasa untuk mendengar permohonan ibu sebenar untuk hak penjagaan dan pengawalan ke atas anak tak sah taraf tersebut. Yang Arif Hakim Mohd. Hishamudin dalam penghakimannya telah merujuk kepada peruntukan s. 3 Akta tersebut yang menyatakan bahawa peruntukan tersebut membolehkan Dewan Undangan Negeri meluluskan pemakaian Akta tersebut kepada kanak-kanak Muslim tidak kira samada anak itu sah taraf atau tidak sekiranya ianya tidak bertentangan dengan Undang-Undang Islam. Yang Arif Hakim tersebut menyatakan jika peruntukan ini membolehkan pemakaian terhadap kanak-kanak Muslim maka Akta tersebut juga adalah terpakai kepada semua kanak-kanak secara am samada ianya sah taraf atau tidak. Dengan rasa penuh hormat kepada pandangan Yang Arif Hakim Mohd. Hishamudin ini dalam isu bidangkuasa Akta tersebut bagi mendengar permohonan penjagaan anak tak sah taraf, saya lebih

cenderung berpegang kepada pandangan yang telah diberi oleh Yang Arif Hakim Raja Azlan Shah (DYMM Paduka Seri pada masa itu) dalam kes *Re Balasingam* (*supra*) dimana telah diputuskan bahawa Akta Penjagaan Kanak-Kanak 1961 tidak terpakai kepada anak tak sah taraf.

Di muka surat 75 dalam kes *Re Balasingam* (*supra*) Yang Arif Hakim Raja Azlan Shah (DYMM Paduka Seri pada masa itu) menyatakan seperti berikut:

> The Guardianship of Infants Act 1961, does not seem to provide for illegitimate children. The remarkable absence of any reference to illegitimate children other than in the above mentioned s. 1(2)(a) would seem to favour the proposition that parliament intended the Act not to apply to illegitimate children. This proposition is fortified by respondent's arguments on the correct construction of the words "father" and mother in ss. 5 and 6. Furthermore adopting the approach taken by Viscount Simond, in *Galloway v. Galloway* [1955] 3 All ER 429 it is safer to say that "infant" means legitimate infant unless there is some repugnancy or inconsistency and not merely some violation of a moral obligation or of a probable intention resulting from so interpreting the word. Accordingly, since none of the words "father" "mother" or "infant" can be construed to mean illegitimate infant or the *de facto* parents of illegitimate children, it must be concluded that the Act does not apply to illegitimate children.

Saya berpendapat adalah jelas Parlimen tidak berhasrat Akta Penjagaan Kanak-Kanak 1961 tersebut terpakai kepada anak tak sah taraf dengan tiada rujukan secara langsung terhadapnya dalam Akta tersebut. Sungguhpun terdapat peruntukan yang merujuk kepada pemakaian Akta tersebut kepada kanak-kanak Muslim samada sah taraf atau tidak jika Akta tersebut diterimapakai dan diluluskan oleh Dewan Undangan Negeri bagi orang-orang yang menganuti agama Islam, saya berpendapat kedudukan pemakaian undang-undang sedemikian sebenarnya tidak wujud di mana-mana Negeri. Sekarang ini telah wujud bagi orang-orang Islam Enakmen Undang-Undang Keluarga Islam di tiap-tiap negeri di Malaysia yang mengandungi peruntukan berhubung dengan penjagaan kanak-kanak. Adalah pandangan saya bahawa ketiadaan peruntukan spesifik berhubung dengan anak tak sah taraf dalam Akta Penjagaan Kanak-Kanak 1961 menunjukkan bahawa adalah menjadi hasrat undang-undang itu bahawa dari sudut agama, adat resam dan moral ianya tidak menggalakkan atau merestui perhubugan pasangan luar nikah yang mengakibatkan kelahiran anak tak sah taraf.

Berhubung dengan pemakaian peruntukan s. 27 Akta 67 dimana dikatakan jika dirujuk kepada common law dan undang-undang statut Inggeris mengenai penjagaan dan pengawalan kanak-kanak pada masa kini iaitu Children Act 1989 terdapat peruntukan di dalamnya yang menyatakan ibu sebenar kepada anak tak sah taraf mempunyai "parental responsibility" terhadap anak tersebut saya berpendapat jika Mahkamah ini terdorong untuk memakainya ianya boleh berbuat demikian tertakluk kepada syarat bahawa pertimbangan hendaklah diberi kepada agama dan adat resam pihak-pihak terlibat.

Saya berpendapat dalam hal pemakaian peruntukan s. 27 Akta 67 ini pandangan Yang Arif Hakim Raja Azlan Shah (DYMM Paduka Seri pada masa itu) adalah tepat dan betul apabila Yang Arif memutuskan pada masa itu dalam kes *Re Balasingam (supra)* dengan menyatakan di m.s. 75 seperti berikut:

> It is therefore quite settled that the law of England in 1956 was that neither the putative father nor the *defacto* mother of an illegitimate infant can make an application to the Court for an order of custody.

Pada masa kes *Re Balasingam* diputuskan peruntukan s. 27 Akta 67 tidak boleh dirujuk dan terpakai bagi kes permohonan penjagaan anak tak sah taraf kerana pada masa itu di England tiada undang-undang sedemikian yang membolehkan permohonan hak penjagaan bagi anak tak sah taraf dibuat. Tetapi pada masa kini oleh kerana terdapat peruntukan berhubung dengan anak tak sah taraf dalam Children Act 1989 dan common law maka jika peruntukan s. 27 Akta 67 dirujuk untuk dipakai hak penjagan anak tak sah taraf hendaklah diberi kepada ibu sebenarnya.

Setelah mendengar hujah-hujah peguam plaintiff dan peguam defendan dan setelah mengkaji affidavit-affidavit yang dikemukakan oleh kedua belah pihak saya membenarkan permohonan plaintiff dan membuat perintah seperti berikut:

(1) Penjagaan dan pengawalan (custody and control) ke atas kedua-dua anak yang belum dewasa tersebut diserahkan kepada plaintiff.

(2) Plaintiff dijadikan penjaga (guardian) kepada kedua-dua anak yang belum dewasa tersebut.

(3) Defendan hendaklah diberi akses yang berpatutan (reasonable access) kepada anak-anak tersebut atas syarat-syarat yang dipersetujui oleh kedua-dua pihak plaintiff dan defendan.

Dalam mencapai keputusan ini saya berpendapat peruntukan-peruntukan dalam Akta Membaharui Undang-Undang (Perkahwinan dan Penceraian) 1976 ("Akta 164") hendaklah mengatasi pemakaian common law dan undang-undang statut Inggeris kerana di bawah Akta 164 terdapat peruntukan yang boleh dipakai terhadap kanak-kanak yang dilahirkan daripada perkahwinan yang tidak sah (void marriage).

Dalam kes ini adalah tidak dinafikan perkahwinan telah diadakan di antara plaintiff dengan defendan pada 28 April 1988 tetapi perkahwinan hanya telah diupacarakan mengikut adat istiadat kaum Cina. Oleh kerana perkahwinan tidak diupacarakan mengikut kehendak peruntukan Akta 164 maka perkahwinan tersebut adalah dianggap void *ab initio*. Walau bagaimanapun berasaskan affidavit yang dikemukakan oleh pihak plaintiff dan defendan saya berpendapat kedua-dua pihak plaintiff dan defendan mempercayai bahawa semasa mereka berkahwin mengikut adat istiadat kaum Cina perkahwinan mereka adalah sah. Ini disokong oleh fakta bahawa kedua-dua plaintiff dan defendan setelah

berkahwin mereka telah tinggal bersama sebagai sepasang suami isteri dan kedua-dua anak mereka telah dilahir dan dibesarkan di rumah kelamin mereka sebelum mereka berpisah. Dalam hal ini peruntukan s. 75(2) Akta 164 menganggap anak yang lahir dari perkahwinan ini hendaklah dianggap anak yang sah taraf dan mengikut s. 91 Akta 164 anak yang sah taraf di bawah s. 75 Akta 164 ini hendaklah diberi penjagaannya kepada ibu sebenar.

Dalam membuat keputusan bahawa penjagaan dan pengawalan ke atas kedua-dua anak tersebut diberi kepada plaintiff dan plaintiff dijadikan penjaga saya ingin merujuk kepada penghakiman Yang Arif Hakim Datuk Mahadev Shanker dalam kes *T v. O* [1994] (3) AMR 45: 2402 dimana Yang Arif Hakim dalam menentukan kesahtarafan dan hak penjagaan kanak-kanak yang lahir dari perkahwinan ibubapa yang tidak diupacarakan mengikut Akta 164 telah menyatakan di antara lain di muka surat 2405 seperti berikut:

> The conduct of the parties after the marriage is a good indicator of what they believed at the time of its solemnisation. Here the parties cohabited at T's house with T's mother and younger brother. The birth of ORD was duly registered.
>
> Consequently I declared at the conclusion of the trial that I was satisfied that T reasonably believed at the time the marriage was solemnised that it was valid. ORD is therefore deemed to be the legitimate child of T and O ...
>
> Being deemed legitimate presumptive custody is with his mother under s. 91 of the Act, and guardianship should also follow.

Dalam mencapai keputusan memberi hak penjagaan dan pengawalan kepada plaintiff saya juga mengambil kira peruntukan s. 88(3) Akta 164 di mana terdapat suatu peruntukan anggapan yang boleh dipatah (rebuttable) yang menyatakan antara lain bahawa adalah untuk kebaikan seorang anak yang di bawah umur 7 tahun bagi anak tersebut berada bersama-sama ibunya dan dalam menentukan samada anggapan ini terpakai kepada fakta-fakta sesuatu kes Mahkamah hendaklah memberi pertimbangan kepada ketidakwajaran merosakkan kehidupan seseorang anak itu dengan menukar penjagaannya. Dalam kes ini saya dapati kedua-dua anak tersebut adalah di bawah umur 7 tahun dan sejak dilahirkan mereka sentiasa berada di samping plaintiff sebagai ibu sebenar mereka yang telah memberi kasih sayang yang sepenuhnya. Saya juga berpendapat kebajikan anak-anak tersebut hendaklah menjadi pertimbangan yang pertama dan terpenting dan pertimbangan-pertimbangan lain hendaklah menjadi sampingan sahaja. Saya juga berpendapat jika hak penjagaan ke atas anak-anak tersebut diberi kepada defendan mungkin ianya akan mengakibatkan anak-anak tersebut mengalami suatu tekanan emosi kerana sebelum ini anak-anak tersebut telah dijaga dan dibesarkan oleh plaintiff dan tinggal bersama emak dan abang plaintiff. Yang amat Arif Hakim Raja Azlan Shah CJ (DYMM Paduka Seri pada masa itu) dalam kes *Mahabir Prasad v. Mahabir Prasad* [1982] 1 MLJ 189 di muka surat 194 berhubung dengan perkara ini menyatakan seperti berikut:

> We are also aware of the damage done to emotional development of children if they are suddenly removed from a known, secure, supporting set of relationship, and thrust among strangers even if they be some blood relationship with one or more of the strangers. In some cases this may be explored by calling expert evidence in others, the ordinary experience of the Courts is relied upon. But this does not mean that the *status quo* must always be preserved. It merely means that we must anxiously consider the evidence before the Court and determine how best to promote the interest and welfare of the children. After having done that we are of the opinion that it cannot be but for the children's interests and welfare that they be returned to their mother.

Dalam penghakiman ini, saya juga ingin menyentuh tentang peruntukan s. 24(d) Akta Mahkamah Kehakiman 1964 yang memberi Mahkamah Tinggi bidangkuasa untuk melantik penjaga (guardian) bagi kanak-kanak (infants) yang pada pandangan saya adalah termasuk kanak-kanak tak sah taraf. Seksyen 24(d) Akta tersebut memperuntukan seperti berikut:

> Without prejudice to the generality of s. 23 the civil jurisdiction of the High Court shall include:
>
> (d) jurisdiction to appoint and control of guardians of infants and generally over the persons and property of infants.

Dalam perkara ini saya bersetuju dengan pandangan yang telah diberi oleh Yang Arif Pesuruhjaya Kehakiman Selvanthiranathan (Y.A. Hakim pada masa itu) dalam kes *Tam Ley Chian v. Seah Heng Lye* [1993] 3 MLJ 696 di mana di muka surat 701 Yang Arif menyatakan seperti berikut:

> Section 24 of Courts of Judicature Act 1964, confers the High Court with jurisdiction to appoint and control guardians of infants which must include illegitimate infants.
>
> ...
>
> It will be seen that while paras. (a) and (c) of s. 24 refer to the jurisdiction of the High Court under any written law, para. (d) is in general terms which must necessarily means jursidiction of the nature stipulated under written law as well as common law.

Berasaskan peruntukan s. 24(d) Akta Mahkamah Kehakiman 1964 dan setelah menimbang fakta-fakta kes ini saya membuat perintah supaya plaintiff dilantik menjadi penjaga (guardian) kepada kedua-dua anak tersebut. Dalam memutuskan perlantikan plaintiff sebagai penjaga kepada kedua-dua anak tersebut saya telah mengambil kira hujah peguam pihak defendan yang menyatakan bahawa defendan bimbang sekiranya plaintiff dilantik menjadi penjaga plaintiff akan membawa kedua-dua anak tersebut keluar dari Malaysia dan menetap di luar negara. Saya dapati kebimbangan defendan dalam hal ini tidak berasas sama sekali. Tiada bukti melalui keterangan affidavit yang difailkan menunjukkan defendan akan membawa kedua-dua anak tersebut keluar dari Malaysia dan

menetap di luar negara. Saya berpendapat perintah yang dipohon oleh plaintiff untuk beliau dijadikan penjaga (guardian) untuk mendapatkan dokumen perjalanan paspot terhad dan antarabangsa, kad pengenalan dan untuk mendapatkan pendaftaran di sekolah bagi kedua-dua anak tersebut adalah sememangnya merupakan suatu tanggungjawab seorang penjaga (guardian). Oleh yang demikian saya tidak terdorong dalam hal ini untuk mengenakan syarat-syarat ke atas plaintiff di atas perlantikannya sebagai penjaga (guardian) seperti yang dipohon oleh defendan.

Atas alasan-alasan yang telah saya huraikan di atas saya membenarkan permohonan plaintiff seperti yang dipohon di Lampiran (2). Tiada perintah kos dikenakan ke atas mana-mana pihak.

Dilaporkan Oleh Cindy Chan

This page is intentionally left blank